

ZH_HANDELSGERICHT HE210084 vom 13. August 2021

Zh Handelsgericht, 2021-08-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE210084

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE210084 du 13 août 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE210084 del 13 agosto 2021

Erwägungen

E. 9

bzw. 11. Oktober 2019 übertragen worden seien. Damit gelingt es der Gesuchsgegnerin nicht darzutun, dass die Gesuchstellerin ihr Eigentum an den 51'000 Namenaktien der Gesuchsgegnerin eingebüsst habe. Die Gesuchstellerin ist damit nach wie vor aktivlegitimiert, das vorliegende Gesuch zu stellen. d. Zur Frage des Vorliegens eines Organisationsmangels: Die Generalversammlung wählt den Verwaltungsrat (Art. 698 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Gemäss den Statuten der Gesuchsgegnerin beträgt die Amtsdauer ein Jahr, und sie endet am Tag und mit dem Ende der nächsten ordentlichen Generalversammlung (Art. 17 f. der Statuten [act. 3/7]). Im vorliegenden Fall wurde die letzte ausserordentliche Generalversammlung am 16. April 2019 durchgeführt. Wie erwähnt wurden damals G._____ (zunächst als Mitglied, später als Präsident des VR mit EU) und C._____ (als Mitglieder des Verwaltungsrates) bestätigt und zwei neue Mitglieder des Verwaltungsrates gewählt, die jedoch bereits ca. 6 Monate später wieder zu-

- 13 - rücktraten. Die heute im Handelsregister eingetragenen Verwaltungsräte G._____ und C._____ wurden somit letztmals am 16. April 2019 für die statutarische Amtszeit bis am 31. Dezember 2019 bestätigt. Im Folgenden ist die kontrovers diskutierte Frage zu behandeln, wie es sich verhält, wenn (wie im vorliegenden Fall) nach Ablauf des Geschäftsjahres gar keine ordentliche Generalversammlung und damit auch keine Wahl des Verwaltungsrates stattfindet. Zu dieser hier interessierenden Konstellation der unterlassenen bzw. vergessenen Wiederwahl werden in der Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Meinungen vertreten: - Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass das Verwaltungsratsmandat bis zur nächsten Generalversammlung, an der die Wahl des Verwaltungsrates stattfindet, fortbesteht (z.B. Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 54 ff.). Eine andere Lehrmeinung geht davon aus, dass sich das Mandat stillschweigend verlängert, wenn nach Ablauf der Amtszeit weder eine Abwahl noch eine Wiederwahl erfolgt und das Mandat weiterhin ausgeübt werde (Wernli/Rizzi-BSK OR II, 5. Auflage, Basel 2016). Eine dritte Lehrmeinung lehnt ein Fortbestehen oder eine stillschweigende Verlängerung des Mandates bis zur nächsten Generalversammlung ab und geht davon aus, dass die Amtsdauer der Verwaltungsräte nach Ablauf der Frist für die ordentliche Generalversammlung, also sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres (Art. 699 Abs. 2 OR), endet (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich etc. 2009, § 13 N 58 und 58a; Trautmann/von der Crone, Organisationsmängel und Pattsituation in der Aktiengesellschaft, SZW 2/2012, S. 465; Della Palma/von der Crone, Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und die Ernennung eines Sachwalters nach Art. 731b OR, SZW 2020, S. 576 f.). - Auch das Bundesgericht hat sich mit der Problematik schon wiederholt beschäftigt. Wenn ein amtierender Verwaltungsrat nach Ablauf der Amtszeit an einer gültig einberufenen

Generalversammlung und im Rahmen eines ordnungsgemäss traktandierten Wahlgeschäfts wegen Nichterreichens der erforderlichen Stimmenzahl nicht wiedergewählt wird, führt dies zur sofortigen

- 14 - Beendigung des Verwaltungsratsmandats, auch wenn die Statuten zur Vermeidung einer Pattsituation die automatische Wiederwahl der Verwaltungsräte vorsieht (BGE 140 III 349, insbes. E. 2.5 ff.). In einem neueren, nicht amtlich publizierten Entscheid schützte das Bundesgericht einen Entscheid der Zuger Justiz, im welchem festgehalten wurde, dass ein Verwaltungsratsmandat bei Auslaufen der Amtszeit auf des Ende eines Geschäftsjahres eo ipso mit dem Ablauf der Frist für die Durchführung der ordentlichen Generalversammlung, also sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres, endet (BGE 4A_412/2020 vom 16. September 2020, kommentiert von Della Palma/von der Crone, a.a.O., SZW 2020, S. 576 f.). In einem weiteren nicht amtlich publizierten Urteil in italienischer Sprache hat das Bundesgericht zumindest implizit die Meinung vertreten, dass ein Verwaltungsrat nach Ablauf der Amtszeit eo ipso sein Amt verliere (BGE 4A_279/2018 vom 2. November 2018, kommentiert von Vischer/Galli/Schlegel, AJP 2019, S. 743 ff.). - Aus der Sicht des Einzelgerichtes ist bei einer vergessenen oder unterlassenen Wiederwahl eines Verwaltungsrates ein Fortbestehen oder eine stillschweigende Verlängerung des Mandates bis zur nächsten Generalversammlung abzulehnen. Vielmehr muss gelten, dass die Amtsdauer der Verwaltungsräte nach Ablauf der Frist für die ordentliche Generalversammlung, also sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres (Art. 699 Abs. 2 OR) endet. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass die Wahl des Verwaltungsrates eine der zentralen und unentziehbaren Befugnissen der Generalversammlung ist (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Es braucht eine Wahl durch die Generalversammlung, um eine gültige Fortsetzung des Verwaltungsratsmandats zu begründen. Eine positive Willensäusserung in der Generalversammlung ist in diesem Sinn unentbehrlich (Böckli. a.a.O. Rz. 58; Trautmann/von der Crone, a.a.O., S. 465), zumal auch das Bundesgericht die Bedeutung der Willensbildung in der Generalversammlung speziell hervorhebt (BGE 140 III 349 E. 2.6). Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Amt einer Revisionsstelle bei einer Nichtwiederwahl durch die Generalversammlung automatisch mit der Abnahme der letzten Jahresrechnung und damit unmittelbar nach der Generalversammlung endet (Art. 730a Abs. 1 OR). Eine stillschweigende Verlängerung ist nicht vorgesehen. Dass bei einer Nichtwiederwahl eines Verwal-

- 15 - tungsrates etwas anderes gelten sollte als bei der Nichtwiederwahl der Revisionsstelle, ist nicht einzusehen, zumal beide Wahlgeschäfte eine der zentralen und unentziehbaren Aufgaben der Generalversammlung sind (Trautmann/von der Crone, a.a.O., S. 465). f. Zusammenfassung: Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin ihre letzte Generalversammlung am 16. April 2019 abgehalten hat. Die statutarische Amtszeit der damals bestätigten und zwischenzeitlich nicht zurückgetretenen Verwaltungsräte G._____ und C._____ lief am 31. Dezember 2019 ab und das Verwaltungsratsmandat endete unter Berücksichtigung von Art. 699 Abs. 2 OR am 30. Juni 2020. Seither verfügt die Gesuchsgegnerin über keinen ordnungsgemäss besetzten Verwaltungsrat. Die Gesuchsgegnerin leidet an einem Organisationsmangel. Die Gesuchstellerin ist in ihrer Eigenschaft als Aktiönärin aktivlegitimiert, dem Gericht Anträge im Zusammenhang mit dem Organisationsmangel zu stellen. 3.5. Erforderliche Massnahme aufgrund des Organisationsmangels a. Art. 731b Abs. 1 OR ermächtigt das Gericht, bei Vorliegen eines Organisationsmangels die "erforderlichen Massnahmen" zu

ergreifen. Diese Norm verleiht dem Gericht einen Ermessensspielraum, um die mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene und verhältnismässige Massnahme zu treffen. Beispielhaft und nicht abschliessend ist das Gericht gemäss Art. 731b Abs. 1bis OR ermächtigt, der Gesellschaft unter Androhung der Auflösung Frist zur Mängelbehebung anzusetzen (Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter einzusetzen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft aufzulösen und ihre Liquidation nach den Regeln des Konkurses anzuordnen (Ziff. 3). Es kann auch eine nicht gesetzlich genannte Massnahme anordnen wie die Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung. Bei der Auswahl der angemessenen und verhältnismässigen Massnahme ist das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden, da die *Offizialmaxime* gilt (BGE 142 III 629 E. 2.3.1 mit zahlreichen Hinweisen). b. Im vorliegenden Fall fehlt der Gesuchsgegnerin ein Verwaltungsrat, weil das Verwaltungsratsmandat der zuletzt noch eingetragenen Verwaltungsräte G._____

- 16 - und C._____ am 30. Juni 2020 endete. Ferner hat die Gesuchsgegnerin keine Revisionsstelle, was darauf zurückzuführen ist, dass die Gesuchstellerin bei ihrer Gründung im Jahr 2017 im Rahmen eines zulässigen *opting out* (Art. 727a Abs. 2 OR) auf eine eingeschränkte Revision verzichtete. Im Übrigen wurde seit dem 16. April 2019 wie erwähnt keine Generalversammlung mehr durchgeführt, an welcher eine Revisionsstelle hätte ernannt werden können. In dieser Situation wäre es theoretisch denkbar, dass das Gericht die Einberufung und Durchführung einer Generalversammlung anordnet. Gegen eine solche Anordnung sprechen jedoch mehrere Gründe: Erstens verfügt die Gesuchsgegnerin wie mehrfach erwähnt über keinen Verwaltungsrat, der eine Generalversammlung durchführen könnte. Zweitens wäre es zwar theoretisch möglich, aber sachlich nicht angezeigt, den früheren Verwaltungsratspräsident G._____ mit der Durchführung einer Generalversammlung zu betrauen, da unklar ist, ob dieser dazu befähigt und willens ist sowie das nötige Vertrauen der Gesuchstellerin genießt, die als Eigentümerin von 51'000 von 100'000 Namenaktien Mehrheitsaktionärin ist. Drittens ist zu berücksichtigen, dass die korrekte Einberufung der Generalversammlung anspruchsvoll sein dürfte, da die Adresse des Gründungsaktionärs D._____ nicht bekannt ist. Aus diesen Gründen drängt sich die Einsetzung eines Sachwalters auf (Art. 731b OR). Die gerichtliche Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 4 OR) ist im vorliegenden Fall nicht zielführend. 3.6. Person des Sachwalters; Kompetenzen und Amtsdauer des Sachwalters a. Das Gericht schlägt den Parteien als Sachwalter vor: Rechtsanwalt J._____, [Adresse] Rechtsanwalt J._____ hat auf telefonische Anfrage seine Bereitschaft erklärt, das Sachwaltermandat zu übernehmen. Den Parteien ist Frist anzusetzen, um allfällige Einwände gegen die Person des Sachwalters begründet vorzubringen. Bei Stillschweigen würde davon ausgegangen, dass keine Einwände gegen den vorgeschlagenen Sachwalter bestehen.

- 17 - b. Weiter sind die Aufgaben des Sachwalters zu skizzieren. Dabei ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass im vorliegenden Verfahren die *Offizialmaxime* gilt und das Gericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist, sondern mit Blick auf den konkreten Fall die angemessenen und verhältnismässigen Massnahmen zu treffen hat (vgl. E. 3.5.a). Der Sachwalter ist mit zwei Aufgaben zu betrauen, und zwar wie folgt: - Der Gesuchsgegnerin fehlt seit 1. Juli 2020 ein Verwaltungsrat. Der Sachwalter ist daher zu beauftragen, eine Generalversammlung einzuberufen und die Wahl des Verwaltungsrates zu traktandieren. - Die Gesuchsgegnerin hat ursprünglich auf die eingeschränkte Revision ver-

zichtet. Allerdings kann ein Aktionär, der 10% des Aktienkapitals vertritt, die ordentliche Revision verlangen (Art. 727 Abs. 2 OR). Mit Schreiben vom

E. 12

April 2021 hat die Gesuchstellerin, die 51'000 von 100'000 Namenaktien hält, von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht (act. 3/20 S. 2). Der Sachwalter ist zu beauftragen, eine Generalversammlung einzuberufen und die Wahl einer Revisionsstelle zu traktandieren. Mit diesen Anordnungen wird dem zentralen Rechtsbegehren Ziffer 1 der Gesuchstellerin entsprochen. Zu den weiteren Rechtsbegehren ist folgendes festzuhalten: Dem Rechtsbegehren Ziffer 2 a wird mit den aufgeführten Anordnungen ebenfalls entsprochen, und in Bezug auf Rechtsbegehren Ziffer 2 b ist festzuhalten, dass zuerst ein Verwaltungsrat zu wählen ist, bevor er Auskunft erteilen kann. Rechtsbegehren Ziffer 3 (in der ursprünglichen Fassung) wurde fallen gelassen. Bezüglich der Rechtsbegehren Ziffer 4 und 5 (neue Fassung) ist nicht zu sehen, warum der Sachwalter das Aktienbuch komplettieren sollte. Aufgabe des Sachwalters ist einzig, die Generalversammlung ordnungsgemäss einzuberufen. Wie er diese Aufgabe bewältigt, ist ihm zu überlassen. Die Form - inkl. der Zeitrahmen - ergibt sich aus dem Gesetz (Art. 700 OR). c. Das Mandat des Sachwalters ist zu befristen (Art. 731b Abs. 2 OR). Im vorliegenden Fall endet das Sachwaltermandat mit Durchführung der vom Sachwalter einzuberufenden Generalversammlung.

- 18 - 3.7. Zum Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung (Art. 699 Abs. 4 OR) Sofern die Gesuchstellerin einen Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 4 OR gestellt haben sollte, ist dieser obsolet geworden, weil - wie ausführlich begründet - ein Sachwalter nach Art. 731b OR einzusetzen ist, der eine Generalversammlung einzuberufen haben wird. Die gerichtliche Einberufung einer Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 4 OR wäre aus den oben erwähnten Gründen nicht zielführend (vgl. E. 3.5.b a.E.) 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen; Sachwalterkosten a. Das Gesuch um Einsetzung eines Sachwalters ist gutzuheissen, weshalb vom Obsiegen der Gesuchstellerin auszugehen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchsgegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO). b. Das Einzelgericht hat bereits in der Verfügung vom 27. Mai 2021 festgehalten, dass von einem Streitwert von CHF 300'000.00 auszugehen sei. Darauf ist zu verweisen (act. 4 S. 2). Bei diesem Streitwert ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung der summarischen Natur des Verfahrens auf CHF 12'000.00 festzusetzen (§§ 4 und 8 GebV OG). Die Parteientschädigung ist unter Berücksichtigung des Summarverfahrens ebenfalls auf CHF 12'000.00 festzusetzen. c. Die Gesuchstellerin hat für die voraussichtlichen Sachwalterkosten einen Kostenvorschuss von CHF 30'000.00 geleistet (act. 6). Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides ist die Kasse des Obergerichts anzuweisen, dem Sachwalter den Kostenvorschuss von CHF 30'000.00 zu überweisen. Der Sachwalter wird nach Abschluss seines Mandats seinen Aufwand abzurechnen und einen allfälligen Überschuss zurückzuerstatten haben. Im Bedarfsfall ist er berechtigt, mit entsprechender Begründung einen zusätzlichen Vorschuss zu verlangen. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den Aufwand des Sachwalters zu ersetzen, weil sie schlussendlich die Sachwalterkosten zu tragen haben wird (Art. 731b Abs. 2 OR).

- 19 - Der Einzelrichter erkennt: 1. In Gutheissung des Gesuchs wird für die Gesuchsgegnerin ein Sachwalter eingesetzt. 2. Als Sachwalter wird den Parteien vorgeschlagen: Rechtsanwalt J._____, [Adresse] Den Parteien wird eine einmalige

Frist von 10 Tagen ab schriftlicher Mitteilung dieses Urteils angesetzt, um allfällige Einwände gegen den vorgeschlagenen Sachwalter detailliert und begründet vorzutragen. Bei Stillschweigen ginge das Gericht davon aus, dass gegen den vorgeschlagenen Sachwalter keine Einwände bestehen. 3. Der Sachwalter wird beauftragt, eine Generalversammlung der Gesuchsgegnerin ordnungsgemäss einzuberufen und durchzuführen und namentlich folgende Geschäfte zu traktandieren: - Wahl des Verwaltungsrates. - Wahl der Revisionsstelle. Allfällige weitere Traktanden, die im Zusammenhang mit der Wahl des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle stehen, bleiben vorbehalten. 4. Das Amt des Sachwalters endet mit der Durchführung der Generalversammlung gemäss Dispositiv-Ziffer 3. 5. Die Obergerichtskasse des Kantons Zürich wird angewiesen, nach definitiver Ernennung des Sachwalters und nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils dem Sachwalter für seine Bemühungen den geleisteten Kostenvorschuss von CHF 30'000 zu überweisen. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den für die Bemühungen des Sachwalters geleisteten Vorschuss von CHF 30'000.00 zu ersetzen.

- 20 - 6. Der Sachwalter hat zu gegebener Zeit dem Gericht über seine Bemühungen eine Abrechnung zur Genehmigung zuzustellen, verbunden allenfalls mit einem Gesuch betreffend weiterer Bevorschussung oder mit weiteren Anträgen. Darüber wird (jeweils) nach Gewährung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei separat entschieden. 7 Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 12'000.00 festgesetzt und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den Betrag zu ersetzen. 8. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 12'000.00 zu bezahlen. 9. Schriftliche Mitteilung an - die Gesuchstellerin (unter Beilage des Doppels von act. 18), - die Gesuchsgegnerin, - den vorgeschlagenen Sachwalter (Rechtsanwalt J.____, ... [Adresse] und - die Kasse des Obergerichtes. 10. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 300'000.00 (geschätzt).

- 21 - Zürich, 13. August 2021 Handelsgericht des Kantons Zürich Einzelgericht
Gerichtsschreiber: Dr. Benjamin Büchler

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.